Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543506_0132

Die
Natur des Kaufes auf Probe
und die
praktische Bedeutung
der verschiedenen Ansichten.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

bei der

hohen juristischen Fakultät der Königl. Bayer. Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen

eingereicht von

Gustav Stein
Referendar in Köln.

Gummersbach.
Druck von Friedr. Luyken.
1896.

Meinen Eltern.

Disposition.

§ 1.

Einleitung.

1. Historischer Ueberblick über den Stand der Lehre des Kaufes auf Probe.
2. Aussprüche der Quellen über den Kauf auf Probe.

I. Teil.

Die Natur des Kaufes auf Probe.

A. Die Ansichten der Litteratur.

1. Die suspensiv bedingte Form.

§ 2.

Im allgemeinen.

§ 3.

a. Die Offertentheorie.

aa. Caro.
bb. Koeppen und Becker.

b. Die Vertragstheorie.

§. 4.

a. Die Vorvertragstheorie.

§ 5.

b. Der suspensiv bedingte Kaufvertrag.

aa. Die Bedingung ist nicht auf die mera voluntas gestellt.
bb. Die Bedingung ist nicht ausdrücklich auf das velle gestellt.
cc. Es liegt ein zweiseitiger Schuldvertrag vor.
dd. Das Gefallen der Ware ist die Bedingung.
ee. Der Kauf auf Probe als Realkontrakt.
ff. Der Kauf auf Probe ist eine Singularität.

2. Die resolutiv bedingte Form (einschliesslich des Kaufes mit pactum displicentiae.)

§ 6.

a. Es liegt nur ein resolutiv bedingter Kauf auf Probe in beiden Fällen vor.
b. Es liegt nur ein Kauf mit pactum displicentiae in beiden Fällen vor.

c. Es giebt nur eine resolutiv bedingte Form des Kaufes auf Probe; der Fall mit pactum displicentiae ist kein Kauf auf Probe.
d. Es liegt ein resolutiv bedingter Kauf auf Probe mit zwei Unterarten vor.
e. Es liegen zwei verschiedene Fälle vor.

B. Die eigene Ansicht.

§ 7.

1. Die suspensiv bedingte Form.
a. Stellung zu den verschiedenen Ansichten.
b. Begründung der von uns vertretenen Construktion.

§ 8.

2. Die resolutiv bedingte Form (einschliesslich des Kaufes mit pactum displicentiae.)

II. Teil.

Die praktische Bedeutung der verschiedenen Ansichten.

§ 9.

Vorbemerkungen.

§ 10.

a. Die Bedeutung der Erklärung des Käufers beziehentlich der Unterlassung derselben.

§ 11.

b. Periculum und commodum.

§ 12.

c. Haftung für culpa.

§ 13.

d. Welche Bedeutung hat die Erklärung des Käufers, beziehungsweise die Unterlassung derselben, auf das Bestehen der in der Zwischenzeit auf die Sache gelegten dinglichen Rechte?

§ 14.

e. Die Klagen des Verkäufers und des Käufers.

§ 15.

Schluss.

§ 1.

Einleitung.

Die Lehre vom Kauf auf Probe konnte man noch, wie Fitting im 46. Bande des Archives für civilistische Praxis sagt, bis zum Jahre 1858 als eine der allerdunkelsten und bestrittensten des ganzen Obligationenrechts bezeichnen. Den äusseren Anlass, sich damals [1]) mit diesem Gegenstande näher zu befassen, bot die Vorbereitung der Abfassung eines deutschen Handelsgesetzbuches, in welchem auch der Kauf auf Probe seine gesetzliche Regelung finden musste. [2]) Von grundlegender Bedeutung für die Lehre vom Kauf auf Probe waren die 1858 erschienenen Abhandlungen von Goldschmidt. [3]) Diese riefen eine grosse Anzahl von wissenschaftlichen Untersuchungen hervor, welche denselben Gegenstand behandelten und sich teils für, teils gegen die Goldschmidtsche Ansicht und die Ergebnisse seiner Forschungen erklärten. Die von Fitting im Jahr 1859 ausgesprochene Hoffnung, die Ansichten über die streitige Lehre würden sich mit der Zeit vereinigen und der lebhaft geführte Streit so einen friedlichen Ausgleich finden, hat sich bis zum heutigen Tage nicht erfüllt. Im Gegenteil, wenn auch die Wissenschaft in das Wesen des mehr erwähnten Rechtsgeschäftes tiefer eingedrungen ist, so stehen sich noch heute die Ansichten über das Wesen des Kaufes auf Probe schroff gegenüber. Weit weniger gross indessen ist der Gegensatz der verschiedenen Meinungen über die aus dem Wesen unseres Rechtsgeschäftes zu entnehmenden praktischen Folgen.

1) D. h. schon mehrere Jahre vor 1858.
2) Vgl. Die Untersuchungen von Cropp, Thöl und Vangerow.
3) Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Band I.

Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung soll sein: Die Natur des Kaufes auf Probe [1]) und die praktische Bedeutung der verschiedenen Ansichten.

Die römischen Quellen geben für unser Rechtsgeschäft drei Formen: 1) si mulas tibi dedero, ut experiaris, et si placuissent, emeres; [2]) 2) res ita distracta, ut, si displicuisset, inemta sit [3]) — ähnlich D. 41, 4, l. 2 § 5; 3) si, convenit, ut res quae venit, si intra certum diem displicuisset, redderetur [4]) oder ita veni(erit, ut, nisi placuerit, redhibeatur. [5])

Ueber diese letzte Form werden wir aus praktischen Gründen in Verbindung mit der zweiten sprechen.

Es kann nun nach den angeführten Quellenstellen nicht zweifelhaft sein und wird auch heute nur noch von vereinzelten Schriftstellern [6]) bestritten, dass das Rechtsgeschäft in der Form eines suspensiv und resolutiv bedingten Rechtsgeschäftes auftreten kann. Wir gehen bei unserer Untersuchung von dieser Möglichkeit der Doppelgestaltung unseres Rechtsgeschäftes aus, behandeln zuerst den suspensiv gearteten Fall des Kaufes auf Probe, weil dieser die meisten Schwierigkeiten bietet, und untersuchen darauf die resolutiv bedingte Form.

---

1) Da Goldschmidt a. a. O. unbestreitbar festgestellt hat, dass die römische degustatio vini keine besondere Art des Kaufes auf Probe ist und somit die für jene geltenden Regeln für unser Rechtsgeschäft nicht in Anwendung gebracht werden dürfen, scheidet jenes Rechtsgeschäft vollständig aus unserer Untersuchung aus.

2) D. 19, 5 l. 20 § 1. — Vgl. I. 3, 23 § 4.

3) D. 18, 1 l. 3. — 43, 24 l. 11, § 13.

4) D. 18, 5 l. 6.

5) D. 21, 1 l. 31, § 22.

6) Für das ältere Recht Bassianus und Cinus; für das neuere Recht Brackenhoeft.

I. Teil.

Die Natur des Kaufes auf Probe.

A. Die Ansichten der Litteratur.

1. Die suspensiv bedingte Form.

§ 2.

Im allgemeinen.

Die Ansichten, welche den suspensiv bedingten Kauf auf Probe betreffen, lassen sich in zwei in ihren Grundgedanken grundverschiedene Hauptgruppen teilen. Nach der Ansicht einer Anzahl von Schriftstellern stellt sich der Kauf auf Probe in der suspensiv bedingten Form lediglich als einseitiger Akt des Verkäufers dar, nämlich als eine den Verkäufer bindende Offerte. [1]) Nach der anderen Ansicht liegt dagegen ein Vertrag vor. Die letztere Ansicht hat die Mehrzahl der Vertreter für sich, wobei jedoch schon jetzt bemerkt sei, dass dieselben sowohl über den Inhalt des Vertrages, das Wesen desselben, sowie seiner Begründung, nichts weniger wie einig sind. Die erstere Ansicht wollen wir kurzweg als Offertentheorie, die zweite als Vertragstheorie bezeichnen.

§ 3.

a. Die Offertentheorie.

Die Hauptvertreter der Offertentheorie sind Koeppen, Caro und Bekker. Auch Fitting, der selbst Anhänger der zweiten Theorie ist, sagt: [2]) „Erstens konnte man den suspensiv be-

1) Vom Standpunkte dieser Ansicht aus müsste man, wenn man überhaupt von einem Kaufgeschäfte spricht, richtiger von einem Verkauf auf Probe sprechen, da diejenige Seite des Rechtsgeschäftes, welche sich auf den Käufer bezieht, noch gar nicht existent geworden ist.

2) Goldschmidts Zeitschrift Band II, pag. 230.

dingten Kauf auf Probe als blosse Vertragsofferte betrachten, so dass also ein eigentlicher Kaufvertrag erst dann entsteht, wenn der Oblat die Annahme erklärt. Der Offerent kann seine Annahme nicht willkürlich zurücknehmen, da er erklärt hat, seine Offerte eine bestimmte Zeit hindurch fortbestehen zu lassen (si Stichus intra certum diem tibi placuerit). Zöge er die Offerte nun vorzeitig zurück, so wäre dies ein entschiedener dolus, und da ein solches Verhältnis nach bona fides behandelt wird, wird auf seine Zurücknahme keine Rücksicht genommen."

Die Offertentheorie wird besonders eingehend in der von Bekker [1]) gelobten Dissertation von Caro behandelt und hier etwa folgendermassen begründet. [2]) Die suspensiv bedingte Form des Kaufes auf Probe sei eine Willenserklärung des Verkäufers zu verkaufen, verbunden mit der Versicherung, seinen Willen aufrecht zu erhalten, bis der Käufer die Ware gebilligt habe. Die Erklärung des Offerenten müsse vom Oblaten entgegengenommen sein. Man müsse die Offerte im römischen Rechte nach den allgemeinen Grundsätzen über einseitige Verträge beurteilen, welche durch das Wesen der bona fides wesentlich modifiziert seien. Ferner sagt er, dass der Kauf nicht nach den strengen Regeln des alten Civilrechts zu regeln war. Um nun den Konsensualverträgen die nötige Leichtigkeit zu geben, habe man ihnen, obwohl sie völlig formlos wären, die volle Klagbarkeit eingeräumt. Dies sei eine Folge der Berücksichtigung der bona fides, deren Wesen in den Worten liege: „Ein ehrlicher Mann soll das einmal gegebene Wort halten. Daher verleiht die bona fides bei an sich klagbaren Verträgen auch jeder unverbindlichen Nebenabrede bindende Kraft." Die Offerte nun sei die eine Hälfte des Vertrages, während es noch zweifelhaft sei, ob die andere nachfolgen werde. „Offerte und Acceptation erzeugen die Obligation." Mit der Offerte müsse nun schon eine Kraft entstanden sein; denn die Acceptation könne nicht als die Erzeugerin derselben angesehen werden, da sonst auch Verträge aus Acceptation an sich ungültiger Obligationen bindend wären. Die Wirksamkeit der Offerte sei nun darin zu finden, dass sie dem Oblaten die Möglichkeit eines Rechtserwerbes gäbe.

1) Kritische Vierteljahresschrift Band XV. Heft 4 pag. 533 fg.
2) Theorie der emtio ad gustum § 25 fg.

Dies sei das Wesen der Offerte im römischen Recht. Die Stelle C. 4, 44 l. 3 spricht nach Caros Ansicht deutlich aus, dass es nach erfolgter Acceptation der bona fides widerstreite, dass einer der beiden Teile vom Kaufe zurücktrete. Caro sucht dann an einigen Beispielen zu zeigen, wie die Römer die Zurücknahme der Offerte behandelten, nämlich indem sie einen solchen Widerruf als nicht geschehen betrachteten. Man habe den Vertragswillen als fortbestehend fingiert und auch ohne Vertrag die vollen Wirkungen eines solchen angenommen. Es komme nur darauf an, ob der Offerent seinen Vertragswillen rite erklärt habe und derselbe in gültiger Weise zurückgenommen sei oder nicht. Ebenso wie auf die nach der Acceptation erfolgende Erklärung, der Offerent sei innerlich anderer Meinung geworden, kein Wert gelegt werde, sei die Zurücknahme der Offerte selbst vor der Acceptation ungültig, wenn sie irgend einer eine solche für unstatthaft erklärenden Regel zuwiderlaufe. Da es nun den Römern nicht fremd sei, unter gewissen Umständen bei Konsensualverträgen den Konsens zu fingieren, legt Caro auch der Offerte ohne Acceptation verbindliche Kraft bei, weil es dolos sei, eine einmal gemachte Offerte zurückzunehmen.

Aehnliches führt Köppen [1]) aus, indem er sagt: Das Versprechen einer Leistung enthalte den Willen, sich auf die Leistung zu verpflichten, deshalb habe das römische Recht schon dem Versprechen für sich obligierende Wirkung gegeben. Der Abschluss des obligatorischen Vertrages vollziehe sich durch die Vereinigung von zwei Rechtsgeschäften, nicht durch die Vereinigung von zwei Willenserklärungen. Mit der Offerte nehme zugleich Kontrakt und Obligation ihren Anfang; mit der Acceptation werden beide perfekt. Wer nun dem Versprechen, dass ihm eine Sache für den bezeichneten Preis verkauft sein solle, wenn sie ihm innerhalb einer bestimmten Frist gefalle, zustimme, räume dem Offerenten durch diese Zustimmung die Forderung auf das pretium unter der Bedingung „si voluero“ ein und mache dadurch die zur emtio erforderliche Erklärung, während der erforderliche Wille erst durch

1) Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts von Ihering und Unger Band XI.

die Erfüllung der Bedingung nachfolge. Inzwischen existiere daher nur eine Verkaufsofferte; aus ihr werde der Verkäufer obligiert, da sie schon für sich das Rechtsverhältnis der venditio erzeuge.

Bekker begründet in seinem Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts Band II die Verbindlichkeit der Offerte ähnlich wie Caro und an anderer Stelle [1]) spricht er seine Ansicht über die Auffassung des Kaufes auf Probe als Offerte folgendermassen aus: „Hier wird die den Nagel auf den Kopf treffende Anschauung vertreten, dass der Kauf auf Probe kein bedingter Kauf sei, sondern nur das vertragsmässig fixirte Angebot eines solchen: einer Verkaufsofferte werde vertragsmässig eine die normale Frist überragende Dauer verliehen.“ So die Begründung der Offertentheorie.

b. Die Vertragstheorie.

§ 4.

aa. Die Theorie des Vorvertrages.

Die Vertreter der Vertragstheorie, welche im Verhältnis zu der vorbehandelten Theorie als die ältere bezeichnet werden muss, da sie schon bei den Glossatoren und Postglossatoren vorkommt, [2]) sind zunächst uneins über den Inhalt des Vertrages. Man streitet nämlich darüber, ob derselbe ein pactum de vendendo, also ein Vorvertrag (dem allerdings Klagbarkeit zukäme) zu einem demnächst abzuschliessenden einfachen Kaufgeschäfte sei, oder ob derselbe bereits selbst ein Kaufgeschäft darstelle. Die Theorie des Vorvertrages wird hauptsächlich von Goldschmidt in der schon mehr erwähnten bahnbrechenden Untersuchung entwickelt Seine Ansicht stimmt mit der Auffassung, welche Vangerow, [3]) Thöl, [4]) Hahn [5]) von dem Kauf auf Probe haben, überein. Die Goldschmidtsche Begründung geht dahin: Beim suspensiven Kauf auf Probe verspreche der Verkäufer für einen bestimmten Preis eine Sache zu verkaufen,

1) System II, § 106 Beilage II.

2) Vgl. die bei Fitting: Zeitschrift II, citirten Azo, Oelofredus, Bassianus, Cinus, Bartolus etc.

3) Pandekten III.

4) Das Handelsrecht I. pag. 830 fg.

5) Commentar zum Handelsgesetzbuch.

falls der Käufer kaufen wolle. Dies Versprechen nähme der andere an. Es läge also ein einseitiger Vertrag vor, der allerdings, wenn er verwirklicht wird, ein gegenseitiger werden müsse. Dieser einseitige Verkaufsvertrag könne nun als ein Kauf unter einer Potestativbedingung für den Käufer angesehen werden, und sei nach den Regeln solcher bedingten Käufe zu behandeln. Dies sei auch im römischen Recht geschehen, um solchen Geschäften die ihnen sonst mangelnde Wirksamkeit zu verschaffen. Es entstehe beim Kauf auf Probe ein pactum de vendendo, welches jedoch bei seiner Verwirklichung ein bedingter gegenseitiger Vertrag werde.

§ 5.

bb. Die Theorie des suspensiv bedingten Kaufvertrages.

Die Schwierigkeit der Konstruktion des Kaufes auf Probe als Kaufvertrag und insbesondere auch die Festsetzung des Inhaltes dieses Vertrages liegt darin, dass die Verpflichtung des Käufers in seinen Willen gestellt ist. Die Offertentheorie begegnet dieser Schwierigkeit dadurch, dass sie auf Seiten des Käufers die Entstehung jeder rechtlichen Wirkung leugnet; die Goldschmidtsche Ansicht sucht der Schwierigkeit abzuhelfen, dass sie zwar eine Rechtswirkung auf Seiten des späteren Käufers anerkennt, diese Wirkung jedoch nicht als eine Kaufswirkung, d. h. die aus einem Kauf entstehende Wirkung, hinstellt. Diesen beiden Theorien gemeinsam stehen alle diejenigen Vertreter gegenüber, welche den Kauf auf Probe als ein wirkliches Kaufgeschäft angesehen wissen wollen. Die Wege, die sie zur Begründung ihrer Ansicht beschreiten, sind jedoch nicht die gleichen.

Die einen erkennen einen regelrecht bedingten Kauf an; die anderen vindizieren dem Kauf auf Probe eine Ausnahmestellung.

Von den ersteren sind zunächst diejenigen zu erwähnen, welche das Regelrechte der Bedingung dadurch zu konstruieren suchen, dass sie das Proben des Käufers nur in dem Sinne verstehen, dass es nicht von seiner mera voluntas, sondern seinem bonum arbitrium oder dem arbitrium boni viri abhänge. Dann sei aber der Kauf nicht ungültig, weil die Bedingung

nicht in den reinen Willen des Verpflichteten gestellt sei und bei dieser Auffassung sei kein Widerspruch mit der römischen Regel vorhanden. Dieser Erklärungsversuch tritt uns schon in der Glosse entgegen. Gebilligt wurde diese Ansicht von Bartholus a Novaria und später von Stryk. In unserem Jahrhundert hat sie Unger in der Goldschmidtschen Zeitschrift Band III energisch verteidigt. [1])

Ein anderer Lösungsversuch geht dahin, dass die Bestimmung der Quellen, [2]) eine Bedingung kann nicht auf das Wollen des bedingt Verpflichteten gestellt werden, die Gültigkeit des Kaufes auf Probe um desswillen nicht hindere, weil nicht von einem „velle" sondern von einem „placere" die Rede sei. Diesen Lösungsversuch macht Fitting, dem dafür von seinen Gegnern der Vorwurf des „Wortkultus" gemacht wird. Fittings Ansicht geht dahin: Es bestehe die Regel, dass ein Geschäft nicht von der Willkür dies bedingt Verpflichteten abhängig gemacht werden dürfe. Diese Regel erleide aber Ausnahmen, indem man die Hinzufügung von Bedingungen, die es auch in die Hand des Verpflichteten legen, ob seine Verpflichtung eintreten solle oder nicht, gestatte. Fitting leugnet jeden materiellen Unterschied zwischen der Bedingung „si voluerit" und „si Capitolium ascenderit", [3]) die letztere sei der Typus für die indirekte d. h. nicht formelle Verstellung in die reine Willkür. Es komme gar nicht darauf an, ob dem Erfolge nach, sondern nur darauf, ob der Form nach das Geschäft von der Willkür des Verpflichteten abhängig gemacht werde. Ein Geschäft dürfe nicht ausdrücklich in die Willkür des Verpflichteten gestellt werden. Daher sei ein Kauf unter der Bedingung „si voluerit" ungültig, weil das Geschäft ausdrücklich auf die Willkür des Verpflichteten gestellt sei. Dagegen sei der Kauf mit der Bedingung „si placuerit" gültig, obwohl es auch hier im freien Belieben des Käufers stehe, ob er verpflichtet sein wolle oder nicht, weil eben die Bedingung nicht der Form nach auf den nackten Willen gestellt sei.

1) Da Unger in einem später erschienenen Aufsatze in Iherings Jahrbücher Band XXV. N. F. XIII, diese seine erste Ansicht der communis opinio und den Gründen seiner Gegner weichend aufgegeben hat, so ist auch der letzte Vertreter dieses Standpunktes in unserem Jahrhundert hinweggefallen.

2) D. 44, 7 l. 8; D. 45, 1 l. 17. 46 § 3.

3) Ebenso Windscheid, Köppen u. andere; dagegen Unger, Caro, Enneccerus u. a.

Wieder andere suchen die Schwierigkeit dadurch zu heben, dass sie behaupten, es läge ein zweiseitiger Schuldvertrag vor, bei dem nur der eine Teil sofort obligiert sei, der andere aber noch nicht. Der Hauptvertreter dieser Meinung ist Windscheid. Derselbe führt aus: Dadurch, dass die Bedingung in den Willen des Verpflichteten gestellt sei, werde der obligatorische gegenseitige Vertrag nicht vollständig nichtig. Der eine Kontrahent sei zwar nicht gebunden, aber deswegen nicht auch der andere nicht. Denn die Obligationen, welche ein solcher Vertrag erzeuge, seien nicht in der Weise von einander abhängig, dass die eine nicht ohne die andere be- oder entstehen könne, sondern jede von ihnen erzeugte Obligation bestehe getrennt von der anderen; nur könne keine der beiden Parteien Erfüllung verlangen, bevor sie ihrerseits das Versprechen geleistet habe. Diese Ansicht verteidigen auch Arndts,[1]) Wendt,[2]) Dernburg,[3]) Puntschart,[4]) Oijens.[5]) Dieselbe läuft auf die Annahme eines vertraglich vereinbarten negotium claudicans hinaus.[6])

Wiederum eine andere Partei sucht dem Kauf auf Probe dadurch Gültigkeit zu verschaffen, dass sie sagt: Das Gefallen der Ware nicht aber des Kaufes sei bedingt. Diese Ansicht verfechten: von Scheurl,[7]) Brinz,[8]) Unger.[9]) Auch Enneccerus[10]) ist hierhin zu rechnen. Derselbe sieht nicht die innere Thatsache des Gefallens, sondern die dem Verkäufer abzugebende Erklärung des Käufers, dass ihm die Ware gefalle, als die Bedingung an. v. Scheurl führt nun folgenden Beweis. Durch die Bedingung „si placuerit“ sei keineswegs die Erfüllung der durch Eingehung eines solchen Kaufvertrages übernommenen Verbindlichkeiten selbst in das Belieben des Käufers

1) Pandekten § 301 Anm. 5 und in Glücks Pandekten 46 pag. 352, wo er sagt: Die Schwierigkeit, welche man bei dem Kauf auf Probe fand, erledigt sich ganz einfach aus dem Gesichtspunkte, dass es sich um einen zweiseitigen Schuldvertrag handelt.

2) Reurecht und Gebundenheit II, pag. 73 fg.

3) Pandekten I, § 108.

4) Die fundamentalen Rechtsverhältnisse des römischen Privatrechts.

5) Koop en Verkoop op de Proef. pag. 34, fg.

6) Wir kommen auf die Konstruktion Wendts unten zurück.

7) Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften, pag. 92.

8) Pandekten IV, pag. 136.

9) Iherings Jahrbücher XXV, pag. 348 fg.

10) Rechtsgeschäft, Bedingung, Anfangstermin I, pag. 277 fg.

gestellt, sondern nur die Erfüllung der Bedingung. Habe der Käufer einmal eingewilligt, so könne dies nur zurückgenommen werden, wenn die Sache dem Käufer nicht gefalle. Wäre dagegen die Bedingung so gemeint, dass der Käufer erst durch seine Erklärung gebunden sein solle, so wäre ein solcher Kaufvertrag einfach nichtig. „Das Gefallen am Kauf und an der gekauften Sache sind völlig verschiedene Dinge. Ein redlicher Mann wird jene Bedingung nicht machen, weil er sich noch nicht binden will, sondern weil er noch ungewiss ist, ob die Sache ihm gefallen wird, und er will dann nur über seine diesbezügliche Erklärung keine Rechenschaft ablegen müssen."

Auch Ryk [1]) sagt, dass, wenn man auf dem Standpunkte des Konsensualvertrages stehe, sich die Idee des Kaufs auf Probe nur in der Form eines durch das Gefallen der Sache suspensiv bedingten Rechtsgeschäftes verwirklichen lasse. Allein er konstruiert den Kauf auf Probe als Realkontrakt. Die Sache werde dem Reflektanten übergeben, um sie zu prüfen und wenn er wolle, käuflich zu behalten. Erkläre er sein Gefallen, so müsse er den Preis zahlen. Hierin sieht Ryk keine blosse Verkaufsofferte, sondern einen bedingten in sich abgeschlossenen Realkontrakt. Da die Bedingung in das Belieben des Empfängers gesetzt sei, so mache die Bedingung „si voluerit" den Vertrag nicht nichtig. Ryk beruft sich auf eine analoge Erscheinung beim Erbschaftserwerbe, ferner auf die Hingabe eines Gelddepositums, wobei dem Depositar die Darlehnsnahme verstattet ist. Ferner sei die Bedingung „si voluerit" keine eigentliche, während die Bedingung „si placuerit" als zufällige eine eigentliche Bedingung sei. Die Gebundenheit des Gebers bis zur Erklärung des Empfängers beruhe nur auf der dinglichen Seite des Realkontraktes.

Ganz anders wie die bisherigen Versuche, den Kauf auf Probe mit der bekannten römischen Regel in Einklang zu bringen, gehen die Vertreter einer weiteren Meinung vor. Diese nämlich verzichten vollständig darauf, durch Auslegungsversuche den Kauf auf Probe mit der Regel zu vereinigen und erklären den Kauf auf Probe schlechthin als eine Ausnahme von der

1) Lehre von den Schuldverhältnissen II, pag. 177 fg.

Regel. Dieser Ansicht begegnen wir bei Savigny[1]). Derselbe sagt: „Es ist eine ganz einzelne Ausnahme dieser Regel, dass der Kauf ad gustum, also auf einseitige (jedoch nur die Güte der Sache betreffende) Willkür des Käufers geschlossen werden kann.“ Er ging also nicht so weit wie Bassianus, dass er den suspensiv bedingten Kauf auf Probe einfach leugnete, sondern erklärte ihn für eine singuläre Erscheinung. Seinem Beispiel folgten Gensler[2]) und Regelsberger[3]), ohne jedoch eine ausführliche Begründung für ihre Ansicht auszusprechen. In neuerer Zeit hat nun Bechmann[4]) dieselbe Behauptung aufgestellt, aber er giebt ihr eine durchaus selbständige und ausführliche Begründung. Er hat nämlich in seiner Monographie des Kaufes auf Grund einer sehr interessanten psychologischen Analyse die Anomalie für den Kauf auf Probe festzustellen gesucht. Bechmann führt aus, dass die Erklärung, die Sache gefällt mir, an sich nichts mit dem Willen gemein hat, sondern ein Urteil darstellt; dass jedoch infolge der Unkontrollierbarkeit des Urteils die Sache materiell, nicht jedoch formell wieder vom Willen abhängig gemacht ist. Dem Sprachgebrauch sei die formelle Verschiedenheit ausser Bewusstsein gekommen. Das Gefallen erstrecke sich zwar auf die Sache und nicht auf den Kauf, jedoch werde letzterer wieder infolge der Unkontrollierbarkeit materiell von dem zu fassenden Entschlusse abhängig gemacht. Er hält es daher im allgemeinen für unzulässig, ein derartiges Rechtsgeschäft auf die Bedingung des Gefallens im Sinne einer mera voluntas zu stellen. Die Bedeutung einer solchen Erklärung liege darin, dass man dem anderen Teile gegenüber kund gethan habe, man sei sich hinsichtlich aller Punkte ausser dem des Gefallens schlüssig. Aber mit Rücksicht auf den Inhalt der Bedingung sei thatsächlich doch kein Entschluss vorhanden. Die rechtliche Gültigkeit des Kaufes auf Probe sei nur zuzugeben mit Rücksicht auf die ausdrückliche Anerkennung der Quellen. Diese An-

1) System III. pag. 131.

2) De emptione venditione quae fit ad mensuram, ad numerationem pondusve vel ad gustum. § 7 not. 15.

3) Altersvorzug der Pfandrechte pag. 50 not. f.

4) Kauf II. pag. 212 fg.

erkennung der Quellen rechtfertige sich geschichtlich und aus praktischen Erwägungen.

2. Die resolutiv bedingte Form (einschliesslich des Kaufes mit pactum displicentiae).

§ 6.

Wir haben in der Einleitung betont, dass neben der suspensiven Form des Kaufes auf Probe noch zwei Formen vorkommen, welche lauten: — res ita distracta, ut, si displicuisset, inemta sit — und — ita venierit, ut, nisi placuerit, — redhibeatur —. Das Verhältnis dieser beiden Formen zu einander ist streitig. Einige machen gar keinen Unterschied, so zum Beispiel Cropp und Thöl. Diese sehen beide Formen als zwei nur im Ausdruck, nicht aber in der Wirkung verschiedene Fälle des Kaufes auf Probe an. Andere, wie Bechmann, Czyhlarz[1]) und Wendt, gestehen zwar auch die Gleichheit beider Fälle zu, sie fassen jedoch die in beiden Formen auftretenden Rechtsgeschäfte als einen unbedingten Kauf mit angehängtem pactum displicentiae auf. Bechmann[2]) verwirft die allgemeine Ansicht, dass der Rücktritt auch mit der Wirkung einer Resolutivbedingung verabredet sein könne, zunächst aus innern Gründen. Das pactum displicentiae diene ausschliesslich dem Interesse und der Willkür des Käufers. Fiele nun die Sache ohne weiteres an den Verkäufer zurück, so wälze damit der Käufer die Folge seines Rücktrittes auf seinen Rechtsnachfolger ab. Auch sei es durchaus unbefriedigend, dass das Eigentum des Käufers ohne weiteres erlösche und er seine Entschädigungsansprüche dann klagbar geltend machen könne. Ferner sei diese Ansicht auch nicht in den Quellen begründet, da D. 19, 5 l. 20 § 1 gar nicht hierher gehöre. Wolle man aber den Rückfall mit rückwirkender Kraft eintreten lassen, so müsse man dem Käufer, wie wenn er nie Eigentümer gewesen wäre, aus Vorgängen der Zwischenzeit nachträglich Klagen gegen den Verkäufer geben. Diese Konstruktion sei aber im direkten Widerspruche mit den Quellen in D. 47, 2 l. 67 § 3. Quum servus inemtus factus sit, non

1) Zur Lehre von der Resolutivbedingung.
2) Kauf II.

posse emtorem furti agere cum venditore ob id, quod is servus post emtionem, antequam redderetur, suripuisset. Endlich enthielten die Quellen sogar eine direkte Widerlegung der herrschenden Meinung. Denn der Umstand, dass das Pfandrecht an der Sache fortdauere[1]), mache es doch unerklärlich, warum das Zusammenfallen der partiellen Veräusserung ausgeschlossen sei, während die totale Veräusserung nicht ausgeschlossen sei. Hierin liege eine Inkonsequenz.

Baron erkennt die Verschiedenheit der beiden Formen hinsichtlich der rechtlichen Konstruktion an. Er spricht jedoch demjenigen Kaufgeschäfte, welches unter der Formel ita venierit, ut, nisi placuerit, — redhibeatur — auftritt, die Berechtigung ab, als Kauf auf Probe angesehen zu werden.

Wieder andere Schriftsteller lassen beide Fälle als zwei Unterarten des resolutiv bedingten Kaufes auf Probe gelten. Hierher gehört vor allem Fitting, der die Gruppierung unter den einen Begriff dadurch zu begründen versucht, dass er nachweisen will[2]), dass der Ausdruck „sub condicione resolvitur" eine ganz allgemeine Bedeutung bei den Römern hatte, und dass dieselben diese Formel sowohl anwandten, wenn sich das unter dieser Formel abgeschlossene Rechtsgeschäft ipso iure auflösen sollte, als auch da, wo durch die Erfüllung der Bedingung nur ein obligatorischer Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes entstehen sollte. Fitting behauptet, dass ursprünglich die Wirkung der Resolutivbedingung bei den Römern nur eine obligatorische gewesen sei, dass später in vereinzelten Fällen aus praktischen Bedürfnissen auch eine dingliche Wirkung anerkannt worden sei. Der resolutiv bedingte Kauf auf Probe habe aber auch noch im justinianeischen Rechte nur obligatorische Wirkung gehabt. Er glaubt also, dass beiden Fällen nur eine obligatorische Wirkung zukomme. Trotzdem nimmt er auch zwei Unterarten des resolutiv bedingten Kaufes auf Probe an und zwar dann, wenn die Parteien durch die von ihnen gebrauchten Worte ausdrücklich darauf hinweisen, dass entweder die Grundsätze der Redhibition angewandt werden sollten, so bei dem Ausdrucke „redhibeatur",

1) Nach D. 20, 6 l. 3.

2) Goldschmidts Zeitschrift Band II und V.

oder dass, wenn die Klausel keinen Hinweis auf das ädilicische Edikt enthielte, nur die allgemeinen Grundsätze über resolutiv bedingte Käufe, aber nur mit obligatorischer Wirkung, angewendet werden sollten, so zum Beispiel bei dem Worte „inemta sit".

Die Mehrzahl der Schriftsteller erkennt auch die Verschiedenheit der beiden Formen an. Sie sieht jedoch nur das Geschäft, welches in der Form — res ita distracta, ut, si displicuisset, inemta sit — auftritt, als resolutiv bedingten Kauf auf Probe an und lässt dann die gewöhnliche dingliche Wirkung der Resolutivbedingung eintreten, während sie den anderen Fall als einen unbedingten Kauf auf Probe mit angehängtem pactum displicentiae behandelt und hier nur eine obligatorische Wirkung anerkennt. Hierhin sind zu rechnen Goldschmidt, Vangerow, Windscheid, Dernburg, Caro, Puntschart und Hofmann.

B. Unsere Ansicht.

§ 7.

1. Die suspensiv bedingte Form.

Wenn wir nunmehr unsere Ansicht von der rechtlichen Natur des Kaufes auf Probe geben sollen, und zwar zunächst hinsichtlich der suspensiv bedingten Form, so gehen unsere Untersuchungen am zweckmässigsten davon aus, ob diese Form des Rechtsgeschäftes eine, allerdings bindende, Offerte darstellt, oder ob bereits ein Vertrag vorliegt.

Gegenüber dem römischen Rechte enthält der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches, zweite Lesung § 118, inhaltlich die abweichende Bestimmung, dass die Offerte bindet. Bekker, Caro und Köppen machen allerdings den Versuch, für das römische Recht den Nachweis zu erbringen, dass die Offerte bindend sei. Ihre Beweisführung erscheint mir verfehlt. Caro versucht zunächst den Nachweis aus der Billigkeit, welche beim Kauf gelte, zu erbringen. Sodann beruft er sich auf einige Quellenentscheidungen, die seine Behauptung implicite erweisen sollen. Die Wirkung der bona fides sucht Caro auf folgende Weise zu rechtfertigen. Nach Civilrecht sei eine besondere Form der Willenserklärung, nämlich durch Stipulation

oder litteris erforderlich gewesen, andernfalls habe die Willenserklärung erst dann verbindliche Kraft erlangt, wenn eine Leistung bewirkt worden sei, also re. Später habe nur der blosse Konsens genügt. Bei Verträgen setze sich der Konsens zusammen aus den zwei koordinierten Faktoren: Offerte und Acceptation. Wäre die Offerte nicht bindend, also nicht verbindlich, so könnte auch nicht der hinzutretende Faktor der Acceptation die Vertragsgültigkeit bewirken. Die bona fides erheische jedoch, dass der Offerent sich eine bestimmte Zeit an seine Offerte gebunden erachte, im Wege der Fiktion werde die eventuell vorhandene Abstandnahme von der Offerte als nicht vorhanden beseitigt.

Gegen diese Beweisführung ist Folgendes einzuwenden. Die Stipulation des alten römischen Rechtes setzte sich aus Frage und Antwort zusammen. Frage und Antwort stehen in demselben Verhältnis zu einander wie Offerte und Acceptation. Sie haben auch den gleichen Inhalt oder richtiger: sie sind Offerte und Acceptation. Der Unterschied der Stipulation vom Kaufgeschäfte liegt hinsichtlich der Entstehung des Kontraktes nur in der Form: Formfreiheit hier — bestimmte Form dort. Die Stipulation bedeutet nicht die Konstatierung einer vorhandenen Willenseinigung, sondern die Perfektion der Willenseinigung selbst in einer bestimmten Form. Es liegt demnach in der späteren Ausgestaltung des Kontraktabschlusses des alten römischen Rechtes keine grundsätzliche Verschiedenheit zu dem Kontraktabschlusse des neuen Rechtes. Die Verschiedenheit, die Caro sich konstruiert, beruht auf einem Verkennen der thatsächlichen Verhältnisse. Caro denkt bei seinen Untersuchungen vor allem an den Fall, dass per distantiam im Wege des Briefwechsels ein Kontrakt abgeschlossen wird. Er meint, dass, weil im Augenblicke, wo der Brief an den Oblaten kommt, der Offerent an den Inhalt der Offerte gebunden ist, nun eine zeitweilige Gebundenheit vorhanden gewesen sei, nämlich von Absendung der Offerte bis zur Ankunft derselben. Dies ist unrichtig. Der Offerent ist nur in dem einen Augenblicke gebunden, wo die Offerte zur Wahrnehmung des Oblaten gelangt Ob er in diesem Augenblicke allerdings noch die Offerte will, ist gleichgültig; auch wenn er den Willen aufge-

geben hat, gilt die Offerte als seinem Willen entsprechend. Dies jedoch nicht auf dem Wege der Fiktion, sondern meines Erachtens aus einem anderen Grunde. Wenn inter praesentes eine Offerte gemacht wird, der Offerent jedoch den Willen nicht hat, sich zu binden, ohne dass dieser Vorbehalt dem anderen Teile zu Bewusstsein kommt, so wird dieser rein innerlich gebliebene Wille vom Recht vollständig ausser acht gelassen; ebenso wie der rein innere Wille einer Offerte ohne Erklärung rechtlich irrelevant ist, ist es auch der rein innerlich gebliebene Gegenwille. Wenn ich brieflich eine Offerte absende, so weiss ich, dass nach einer bestimmten Zeit dem anderen Teile dieser mein Wille zur Kenntnis gelangt. Die spätere Willensänderung, welche dem andern nicht zu Bewusstsein gebracht wird, hat hier die gleiche Bedeutung, wie die eben behandelte reservatio mentalis inter praesentes. Es kommt also nicht darauf an, ob ich im Augenblicke der Willenserklärung den erklärten Willen habe, sondern nur darauf, dass ich dem anderen etwas als Willenserklärung bewusst hinstelle, ohne dass dieser Gelegenheit hat, die Inkongruenz meines Willens mit der Erklärung zu erkennen.

Die Gebundenheit des Offerenten inter absentes ist daher nur eine momentane, ebenso wie bei der Offerte inter praesentes, ebenso wie bei der Frage seitens des Stipulanten. Die Acceptation muss sofort erklärt werden; die dazwischen liegende Zeit wird als nicht vorhanden angesehen. Es muss offeriert und acceptiert werden Zug um Zug.

Der Satz von Caro: „Das Eigentümliche der Offerte ist also, dass sie eine gewisse rechtliche Geltung hat, ohne an sich die geringste rechtliche Wirkung auszuüben", ist nicht richtig. Will er mit der rechtlichen Geltung sagen: auch die Rechtsordnung müsse eine bestimmte Thatsache, hier die gemachte Offerte, als vorhanden ansehen, so ist damit nichts gesagt. Auch die Thatsache, dass ein Mensch existiert, stirbt, muss von der Rechtsordnung als vorhanden angesehen werden, ohne dass es darum nötig ist, dass diese Thatsache rechtliche Wirkungen gehabt haben muss. Regelmässig kann man für die Rechtsordnung von einer rechtlichen Geltung nur sprechen, wenn sich an die Thatsachen rechtliche Wirkungen anknüpfen,

so die, dass die bestimmte Person rechtsfähig ist, dass sie durch ihre Geburt Rechte erworben hat, dass durch ihren Tod Rechte auf eine andere Person übergegangen sind. Auch die rechtliche Geltung der Offerte hat gewisse rechtliche Wirkungen; oder ist das vielleicht keine rechtliche Wirkung, dass, wie Caro anführt, der Offerent gebunden sein soll? Auch wenn keine Acceptation erfolgt, so verschwindet damit die Offerte nicht. Die Thatsache der Offerte bleibt bestehen, es treten nur nicht diejenigen Wirkungen ein, welche bei vorhandener Acceptation spezifisch eintreten sollten, insbesondere es kommt kein Kauf zu stande. Hätte ich zum Beispiel mit jemandem unter einer Konventionalstrafe vereinbart, dass er einen bestimmten Kaufantrag keinem dritten machen dürfe, so ist, falls er diesen Antrag doch macht, die Strafe verfallen, auch wenn die Offerte nicht angenommen wird.

Auch die Quellenstellen, die Caro für seine Ansicht anführt, sind für mich nicht überzeugend. Das gilt zunächst von D. 17, 1 l. 15: Si mandassem tibi, ut fundum emeres, postea scripsissem, ne emeres, tu, antequam scias me vetuisse, emisses, mandati tibi obligatus ero, ne damno adficiatur is qui suscipit mandatum.

Caro nimmt an, dass der Mandatsvertrag nicht geschlossen gewesen sei; dies geht aus der Stelle jedoch keineswegs hervor. Früher nahmen die Erklärer an, die Offerte sei durch konkludente Handlungen, nämlich durch den Ankauf des fundus acceptiert worden. Diese Annahme k a n n zutreffen, ist jedoch nicht unbedingt notwendig. Die Stelle lässt es überhaupt offen, wie das Mandat zu stande gekommen ist. Zweck der Stelle ist nicht, zu untersuchen, welche Wirkungen eine Offerte hat, sondern zu untersuchen, welche Wirkungen es hat, wenn der jederzeit zulässige Widerruf des Mandates dem Mandatar erst nach Erledigung des Auftrages zukommt. Der Mandant konnte jederzeit vom Vertrage zurücktreten, aber der Rücktritt war erst für den Mandatar vorhanden, wenn er ihm erklärt war. Nach geschehenem Ankaufe hatte das Mandat seine Erledigung gefunden; es konnte von einem Widerruf nicht mehr die Rede sein. Dass die Stelle von einem perfekten Mandate zu verstehen ist, ergiebt sich daraus, dass es heisst: „m a n d a t i tibi

obligatus ero", sowie daraus, dass es am Schlusse lautet: „suscipit mandatum".

Auch die weiter angeführten Stellen D. 19, 5 l. 16 § 1 und D. 4, 3 l. 34, welche Caro per analogiam anwenden will, sind völlig belanglos für unsere Frage. Die Stellen lauten: Permisisti mihi ut sererem in fundo tuo et fructus tollerem: sevi nec pateris me fructus tollere. nullam iuris civilis actionem esse Aristo ait: an in factum dari, debeat, deliberari posse: sed erit de dolo und: Si cum mihi permisses saxum ex fundo tuo eicere vel cretam vel harenam fodere, et sumptum in hanc rem fecerim, et non patieris me tollere: nulla alia quam de dolo malo actio locum habebit.

Es handelt sich in beiden Stellen um Fälle eines perfekten Vertrages. Es ist beide male Erlaubnis erteilt worden, ein fremdes Grundstück zu benutzen; diese Erlaubnis ist angenommen worden, wie sich daraus ergibt, dass in der ersten Stelle durch Säen erworbene Früchte begehrt werden, während in der zweiten Stelle davon die Rede ist, dass man zum Zwecke der gestatteten Sandgewinnung Anstalten getroffen hat. Die Frage, die in den Quellen behandelt wird, nämlich ob hier eine Klage gegeben sei, weil die Erfüllung des Versprechens später verweigert wurde, entstand nur dadurch, dass man das abgeschlossene Rechtsgeschäft nicht unter ein altciviles Rechtsgeschäft bringen konnte. Lex 16 cit. sagt ausdrücklich: nullam civilem actionem esse; es lag daher keine nach altem Zivilrecht klagbare Obligation vor. Aber mit der Offerte befasst sich diese Theorie gar nicht. Der Fall, dass ein Versprechen angenommen ist und trotzdem keine Obligation entstanden ist, ist grundverschieden von dem, dass überhaupt eine Offerte noch nicht acceptiert worden ist. Aber auch nach einer zweiten Richtung hin sind die Stellen nicht beweisend. Die Quellenstellen haben zur Voraussetzung, dass der andere Aufwendungen gemacht hat, sie setzen also eine thatsächliche Beschädigung dieses Kontrahenten voraus, und zum Ersatze dieses Schadens wird ihm die actio de dolo gegeben. Gerade die Gewährung dieser Klage spricht gegen die Verbindlichkeit der Offerte. Wäre die Offerte verbindlich, so würde, wenn Acceptation derselben vorliegt, der Acceptant, falls es sich um ein negotium

iuris civilis handelt, eben die Klage aus diesem Rechtsgeschäfte haben. Dass jemand aus einer nicht ernstlichen Offerte, wenn er durch dieselbe böswilliger Weise einen Schaden anrichtet, dem Beschädigten mangels einer anderen Klage mit der actio doli auf Ersatz haftet, soll gewiss nicht bestritten werden, aber deshalb kann man immer noch nicht von einer Verbindlichkeit der Offerte reden.

Caro giebt ferner zu, dass die Römer den Begriff der Offerte nicht scharf entwickelt haben, dass sie sogar nicht einmal einen Namen dafür haben. Wir haben oben angedeutet, dass sein Hinweis auf die bona fides nicht ausreicht. Die von uns gezeigte Gleichheit der Gebundenheit des Fragenden bei der Stipulation und des Offerenten beim Konsensualkontrakt [1]) beweist, dass die Gebundenheit aus dem Wesen der einen zur Konstituierung der Obligation erforderlichen Erklärung hervorgeht und nichts mit der bona fides zu thun hat. Das Hineinziehen der bona fides wiederlegt sich meines Erachtens durch folgende Erwägung. Leges vigilantibus sunt scriptae. Der Oblat weiss, dass der Offerent an seine Offerte nicht gebunden ist; wenn er sich trotzdem darauf verlässt, dass der andere bei erklärter Annahme sich für gebunden erachten werde, so thut er das eben auf sein Risiko hin. Von einer Ausnutzung der Unkenntnis des anderen Teiles und einen hierdurch begründeten Vorwurf des dolus, kann hier ebenso wenig gesprochen werden, als da, wo jemand glaubt, der Ladeninhaber müsse die im Schaufenster ausgelegten Waren zu dem dort angegebenen Preise veräussern oder der Grossist müsse gemäss Preisliste liefern. Es wird auch Leute geben, die sich auf das Zustandekommen eines derartigen Vertrages verlassen und durch ihre Unkenntnis zu Schaden kommen, sei es, dass sie eine andere günstige Gelegenheit versäumen, oder dass sie Aufwendungen machen, um den Vertragsabschluss herbeizuführen, z. B. eine Reise machen. Unser Handelsgesetzbuch hat in Artikel 337 ausdrücklich die Nichtgebundenheit an

1) Bei einer solchen Offerte handelt es sich nicht bloss um die Schuldnerofferte, sondern auch um die Gläubigerofferte. Es ist ebensogut eine Offerte, wenn ich sage, willst Du 100 Mark von mir geliehen haben, als wenn ich sage, willst Du mir 100 Mark leihen. Vgl. Dernburg, Pandekten II, § 9 und § 11. Anderer Ansicht Köppen pag. 334.

solche Angebote gebilligt, und doch wird man ihm in diesem Punkte nicht einen Rückschritt gegenüber dem römischen Rechte vorwerfen wollen, zumal das Handelsgesetzbuch selbst in einem gewissen Sinne die Gebundenheit des Offerenten bei der Offerte sanktioniert. [1])

Die Koeppensche Beweisführung bewegt sich, so weit es sich um den Kauf auf Probe handelt, im Kreise. Auch wenn man ihm zustimmen müsste, dass der Römer eine einseitig bindende Offerte gekannt habe, so ist damit noch nicht gesagt, dass der Kauf auf Probe eine solche einseitig bindende Offerte ist. Seine ganze Theorie beruht auf der besonderen Ansicht, die er von der synallagmatischen Wirkung der zur Perfektion eines contractus bilateralis erforderlichen Willenserklärungen hat. Die Offerte ist allerdings ein Rechtsgeschäft, da sie sich darstellt „als die erlaubte Willenserklärung einer Partei, welche unmittelbar auf eine rechtliche Wirkung gerichtet ist". Diese Wirkung soll jedoch erst entstehen, wenn die Acceptation erfolgt ist. Erfolgt sie, dann haben wir es nicht zu thun mit zwei an sich selbständigen Rechtsgeschäften, die sich vereinigen, und durch ihre Vereinigung den Abschluss des obligatorischen Vertrages herbeiführen, sondern das erste Rechtsgeschäft erhält diejenige Perfektion, die erforderlich ist, um die gewollte Wirkung zu erzeugen. Beim Kontrakte handelt es sich um duorum vel plurium in idem placitum consensus. Der Konsens, d. h. die Willenserklärung, bringt den Abschluss des Vertrages hervor. Lässt man die besondere Ansicht Koeppens über die Perfektion des Kontraktes fallen, so ist seine Beweisführung, so weit sie sich auf die Quellen stützt, hinfällig, da Koeppen die Quellenstellen lediglich in seinem besonderen Sinne auffasst.

Nachdem wir im vorigen uns als Gegner der Offertentheorie im römischen Rechte erklärt haben, müssen wir nunmehr zu den verschiedenen Ansichten, die bei der Vertragstheorie aufgestellt worden sind, Stellung nehmen.

Die Annahme eines pactum de vendendo ist fast von allen Gelehrten verworfen worden und, wie mir dünkt, mit vollem Rechte. Selbst wenn gar kein praktischer Unterschied zwischen dem pactum de vendendo und einem suspensiv bedingten Kauf

1) Mit Caro ist Bekker widerlegt, da ersterer sich auf letzteren stützt.

auf Probe bestünde, hätten wir es doch unzweifelhaft mit einer Anomalie zu thun, indem hier schon im alten römischen Rechte ein einfaches pactum aus Nützlichkeitsgründen klagbar gewesen wäre [1]). Aber es besteht auch ein eminent praktischer Unterschied zwischen den beiden Rechtsgeschäften: Beim pactum de vendendo ist der Verkäufer nur zum Abschlusse des Kaufvertrages verpflichtet, während bei einem Kauf mit einer Potestativbedingung oder dem Kauf auf Probe der Käufer ohne weiteres die Ware selbst verlangen kann [2]). Die Motivierung, die Goldschmidt seiner Ansicht giebt, ist, wie Unger hervorhebt, [3]) ganz offensichtlich ein logischer Zirkel. Vergegenwärtigen wir uns in Kürze seine Argumentation. Goldschmidt sagt: Der suspensiv bedingte Kauf mit der Bedingung „si placuerit" ist ungültig, folglich ist der Verkauf emta res esto, si placuerit ein pactum de vendendo. Um nun dem pactum de vendendo die ihm an sich mangelnde Klagbarkeit zu verleihen, muss es als suspensiv bedingter Vertrag angesehen sein. Wir stehen also am Ende vor der gleichen Frage, wie am Anfang.

Wenden wir uns nun zu der Ansicht, welche die Bedingung auf das bonum arbitrium gestellt sieht, so müssen wir sagen, dass es zwar nicht geleugnet werden kann, dass ein Kauf von der Probe des Käufers in dem angeführten Sinne abhängig gemacht werden kann. Wir meinen aber, dass dann nicht dasjenige vorliegt, was man als Kauf auf Probe im eigentlichen Sinne zu verstehen hat. [4]) Dass der Kauf auf Probe auch auf die mera voluntas des Käufers gestellt werden kann — mit diesem allein wollen wir uns nur beschäftigen [5]) — kann angesichts der Bestimmungen des Handelsgesetzbuches Artikel 339 Absatz 1, welches das Genehmigen ausdrücklich von dem Willen = „freier Willkür" abhängig macht, nicht

1) Vgl. Bechmann, Kauf II, pag. 221 bei 2.

2) Vgl. auch Gareis in Endemanns Handbuch des Handelsrechts pag. 592, wo er sagt: Der Verkäufer im Kauf auf Probe hat sich nicht verpflichtet zu verkaufen, sondern er hat verkauft.

3) Goldschmidts Zeitschrift III.

4) Gerade in diesem Punkte liegt ja ein bedeutender Unterschied zwischen dem Kauf auf Probe und der degustatio vini des römischen Rechtes, wie Goldschmidt überzeugend nachgewiesen hat.

5) Vgl. Bechmann, Kauf II, pag. 227, 228.

bezweifelt werden. Auf eine Untersuchung, ob das römische Recht in allen den Fällen, in denen ein Kauf auf Probe angenommen wird, diesen auf die mera voluntas des Käufers gestellt hat, brauchen wir hier, weil ausserhalb des Rahmens unserer Arbeit liegend, nicht einzugehen. Thatsächlich giebt es Fälle, wo weder das bonum arbitrium emtoris, noch das boni viri arbitrium für die Perfektion des Kaufes entscheidend ist. So zum Beispiel D. 21, 1 l 31 §§ 22. 23. In dieser Stelle handelt es sich um einen resolutiv bedingten Kauf auf Probe. Man muss aber die Worte quod ei magis displicuerat meiner Ansicht nach so verstehen: Der Sklave hat allerdings dem Käufer missfallen, während er ihm ebenso gut hätte gefallen können, ja während er einem anderen nach boni viri arbitrium entscheidenden dritten sicher zugesagt haben würde. Es kann hier also nur ein subjektives, willkürliches Gefallen oder Missfallen gemeint sein. Ein noch gewichtigerer Beweis für unsere Ansicht liegt in der Stelle D. 19, 5 l. 20 pr., wo es sich zweifellos um einen bedingten Kauf auf Probe handelt und wo der Käufer selbst siegreiche Pferde als ihm nicht konvenierend zurückgeben darf. Wir sehen also, dass die Schwierigkeit, dem Geschäfte, das auf das blosse „placere“ des Käufers gestellt ist, Gültigkeit zu verleihen, hier nicht gehoben ist. [1])

Aber auch das rein formalistische Prinzip, welches Fitting mit grosser Hartnäckigkeit verteidigt, vermag nach unserer Ansicht nicht die Erklärung für die Gültigkeit des Kaufes auf Probe zu liefern. Abgesehen nämlich davon, dass in den Quellen immer auf die Sache selbst und den Inhalt und Zweck der Bedingung gesehen wird, aber nicht auf die blosse Form, scheitert die Theorie Fittings meines Erachtens an folgender Erwägung. Wenn ein Kauf gültig abgeschlossen werden soll, so muss auf beiden Seiten der Wille vorliegen, sich zu binden; denn gerade weil bei einem Kaufe, der auf die Bedingung „si voluerit“ gestellt ist, die eine Partei nicht den Willen hat, sich zu ver-

1) Unserer Ansicht besonders Fitting, Zeitschrift V, pag. 90 fg.; Hofmann, Periculum beim Kauf, pag. 96; Wendt, Reurecht II, pag. 63; Bechmann, Kauf II, pag. 228 fg.; Seuffert, Archiv XVIII, pag. 377; Oijens, Koop en Verkoop op der Proef, pag. 4 fg.

pflichten, ist ein derartiger Kauf nichtig [1]). Dies erkennt auch Fitting vollständig an. Wenn nun die Parteien ein Geschäft abschliessen und eine Bedingung ganz des gleichen Sinnes wie „si voluerit" verabreden, so muss auch dies Geschäft, ebenso wie der erste Kauf, ungültig sein, weil eben die Absicht, sich zu binden, fehlt. Da nun Fitting selbst behauptet, beim Kauf auf Probe und sonstigen Rechtsgeschäften seien die Bedingungen „si voluerit" und „si placuerit" materiell völlig gleich, so müsste auch, obschon die Form eine andere ist, der Kauf auf Probe nichtig sein, weil ja die eine Partei des Willens ermangelt, sich zu binden. Diese Konsequenz müsste man aber bei logischem Denken ziehen und geriete dann offenbar in direkten Widerspruch mit den Quellen und auch mit Fitting selbst [2]).

Auch den von vielen Gelehrten gemachten Lösungsversuch, durch festes Sichanklammern an das Wort „res" in der Formel „si res placuerit" müssen wir in Uebereinstimmung mit anderen Juristen [3]) bekämpfen. Da der Käufer nämlich gar nicht verpflichtet ist, sich ein Urteil über die Sache zu bilden, so steht thatsächlich die Erfüllung der Bedingung im reinen Belieben des Käufers. Aus diesem Grunde ist auch eine Eideszuschiebung, wie sie ursprünglich Unger [4]), Brinz [5]) und Ryk [6]) erlauben, völlig unstatthaft. Allerdings richtet sich das Urteil den Worten der Formel nach auf den Kaufgegenstand, aber da der Käufer willkürlich urteilen darf, ja sogar, ohne sich ein Urteil gebildet zu haben, sich erklären darf, hindert ihn nichts, sich auch über den Kauf selbst noch zu entscheiden. Man kann doch unmöglich das Gefallen des Käufers kontrollieren und daher kann er aus ganz beliebig anderen thatsächlichen

1) D. 4, 38, 13. In vendentis vel ementis voluntatem collata condicione comparandi, quia non adstringit necessitate contrahentes, obligatio nulla est.

2) Gegen Fitting unter anderen Windscheid I § 23; Unger, österreichisches Erbrecht § 57 Anm. 1; Wendt, Reurecht, pag. 64; Vangerow II § 432; Bechmann, Kauf, II, pag. 241; Oijens loc. cit. pag. 23 fg.; Arndts in Glücks Pandekten XLVI, pag 352.

3) Fitting, Zeitschrift III pag. 85 V; Bechmann loc. cit. pag. 218 fg., 229 fg.; Windscheid I § 93 Anm. 6; Hölder, Pandekten, pag. 261; Wendt, loc. cit. II; Oijens loc. cit. pag. 9.

4) Goldschmidts Zeitschrift III, pag. 412. Allein in Iherings Jahrbücher Band XXV hat Unger seine erste Meinung aufgegeben, weil die Bedingung auf die beliebige Erklärung der Genehmigung gestellt sei.

5) Pandekten pag. 137, Anm. 45.

6) Lehre von den Schuldverhältnissen, pag. 177.

Gründen über die ihm gefallende Sache sein Missfallen wie über die ihm missfallende Sache sein Gefallen erklären. Wenn auch das Urteil die Sache trifft, so liegt hierin doch die Entscheidung über den Handel selbst [1]) Unmöglich kann also dieser Erklärungversuch den Kauf auf Probe mit der römischen Regel in Einklang bringen.

Auch Ryks Konstruktion als Realkontrakt ist verfehlt; schon aus dem einfachen Grunde, weil dieser Begriff viel zu enge ist für unser Rechtsgeschäft. Es hat ja allerdings schon Goldschmidt auf den Zusammenhang mit Realkontrakten hingewiesen, aber dies war eben nur ein Anfangsstadium des Kaufes auf Probe und reicht für die spätere Zeit nicht aus. Meistens wird sogar bei dieser Art des Kaufes auf Probe die resolutiv bedingte Form vorgelegen haben, die ja sicher älter und häufiger ist, als die suspensive Form im römischen Rechte. Es kommt aber heute im Verkehr ebenso oft vor, dass die Sache beim Verkäufer bleibt, wie dass sie dem Käufer übergeben wird, und dann hätten wir noch immer keine Erklärung für die Gültigkeit des ersten Falles [2]).

Auch gegen die oben zuletzt angeführte Ansicht der Singularität des Kaufes auf Probe haben sich fast sämtliche [3]) übrigen Gelehrten ausgesprochen. Auch wir müssen uns gegen die Annahme einer Singularität wenden. Denn zunächst hat diese Ansicht äusserst bedenkliche theoretische und praktische Folgen, da andere Rechtsgeschäfte, die auf das Gefallen gestellt sind, gemäss der Stelle D. 1, 3 l 14 ungültig sind. Vergegenwärtigen wir uns ferner den Zweck der Institutionen, so müsste man doch die römischen Juristen für äusserst unpraktisch

---

1) Oijens sagt loc. cit.: Deze goedkeuring der Koopzaak is dann echter met het willen koopen zoo naam zamenhangend dat scheiding onmogelijk moet worden genoemd. — Bechmann pag. 231 bezeichnet auch den Unterschied nur als einen formellen. Vgl. ferner pag. 218 fg.

2) Es kann eine Offerte zum Kauf vorliegen, auch die Sache schon übersendet sein; kommt dann der Kauf nicht zu stande, so kann mit der actio praescriptis verbis nach den Grundsätzen der Innominatrealkontrakte dare ad inspiciendum et reddendum auf Rückgabe geklagt werden. Den praktischen Unterschied dieses Falles mit einem Kauf auf Probe hebt Wendt hervor. Er könnte das periculum und das Einstehen für culpa betreffen, darüber später.

3) Unger: Iherings Jahrbücher XXV pag. 325; Goldschmidt: Zeitschrift I pag. 267; Fitting: Zeitschrift V pag. 82 fg.; Enneccerus: Rechtsgeschäft etc. pag. 277; Windscheid.

halten, wenn sie in einem Lehrbuche für das Anfangsstudium reine Singularitäten als Beispiele gewählt hätten, ein Verfahren, das sie nämlich in J. 3,23 § 4 beobachtet hätten. Hier wäre es doch recht leicht gewesen, ein anderes, den Quellen geläufigeres Beispiel wie „si Capitolium axenderit" anzuwenden. Ferner müssen wir Goldschmidt [1]) recht geben, dass es äusserst misslich ist, einem Institut, das nicht der Gesetzgebung, sondern der römischen Doktrin seine Entstehung verdankt, eine solche Ausnahmestellung zuzusprechen.

Unserer Ansicht nach darf man überhaupt erst von einer Ausnahme bei einer Regel sprechen, wenn alle Mittel, den Fall mit der Regel in Einklang zu bringen, fehlgeschlagen sind. Dies trifft nun bei unserm Rechtsgeschäfte gar nicht zu. Wir nehmen den gleichen Ausgangspunkt wie Windscheid und die anderen oben Seite 15 angeführten Juristen, indem wir uns zunächst über das Wesen der Obligationen beim synallagmatischen Vertrage klar werden. Als Grundfehler erkennen wir bei mehreren Vertretern anderer Anschauungen über den Kauf auf Probe, dass sie glauben, dass durch die Suspensivbedingung das Entstehen des Vertrages bedingt sei, was seine Erklärung wieder darin findet, dass diese Schriftsteller das Wesen des Vertrages nicht scharf genug von den durch den Vertrag herbeizuführenden objektivrechtlichen Rechtsverhältnissen trennen. Dies ist eben falsch. Wird nämlich einem Rechtsgeschäfte eine Suspensivbedingung beigefügt, so ist das Rechtsverhältnis oder die Wirksamkeit des Willens allerdings noch nicht vorhanden, wohl aber der Wille und die Willenserklärung oder mit anderen Worten das Rechtsgeschäft, in unserem Falle der Vertrag. Der Kaufvertrag soll nun an sich zwei Rechtsverhältnisse hervorbringen, so dass wir die von vielen Schriftstellern angeführten Rechtssätze über das Vermächtnis und die Stipulation hier völlig ausser acht lassen müssen, da bei dem Vermächtnis und der Stipulation nur ein Rechtsverhältnis entstehen soll. Das Wesen des gegenseitigen Vertrages besteht nun nach richtiger Auffassung in der Erzeugung zweier selbständigen sich gegenseitig durch-

1) Zeitschrift I pag. 267.

dringenden Obligationen.[1]) Von diesen kann die eine ohne die andere entstehen oder bestehen; nicht kann aber die eine Partei auf Erfüllung klagen, bevor sie selbst geleistet hat oder dazu bereit ist; also jedenfalls nicht bevor ihre Verpflichtung überhaupt entstanden ist. Die beiden Forderungen bedingen sich in ihrer Wirksamkeit. Es giebt nun Fälle, wo ein zweiseitiger Vertrag nicht vollständig zu stande kommt, weil die eine Partei sich völlig nach Belieben entscheiden kann, ob sie verpflichtet sein wolle oder nicht, während die andere Partei sofort verpflichtet ist. Solche Rechtsgeschäfte nennt man negotia claudicantia: quia ex uno latere constat contractus. Die Hauptfälle sind bei gegenseitigen Verträgen mit handlungsunfähigen Personen und der Verkauf einer gestohlenen Sache. Auch der Kauf auf Probe ist ein solches negotium claudicans, es besteht nur der Unterschied zwischen ihm und den anderen Fällen, dass bei dem Kauf auf Probe jene Wirkung infolge der Verabredung der Parteien entstehen soll, während dieselbe bei jenen kraft Gesetzes eintritt. Es ist nun meiner Ansicht nach nicht ersichtlich, weshalb man dem Willen der Parteien in einem solchen Falle nicht dieselbe Geltung verleihen will, wie dem Gesetze. Es ist auch beim Kauf auf Probe die Verpflichtung des Käufers auf seine reine Willkür gesetzt, aber dadurch wird andererseits auch die schon vorhandene Gebundenheit des Verkäufers von einer Resolutivbedingung abhängig gemacht und zwar von dem Willen des Käufers. Es widerspricht aber den Quellen nicht, dass die Verpflichtung eines Kontrahenten in den Willen des Berechtigten gesetzt werde; deshalb ist die Verpflichtung des Verkäufers nicht ungültig, weil sie in den Willen des Käufers gestellt ist. Da es nun dem Wesen dieser Rechtsverhältnisse begriffseigentümlich ist, dass sie sich gegenseitig durchdringen, so kann infolge der gegenseitigen Abhängigkeit die Verpflichtung des Käufers hier auf seinen Willen gestellt werden.[2]) Es bedarf hierzu keines besonderen Nebenvertrages, wie Wendt

1) Baron, Pandekten § 215 II.

2) Vgl. jedoch Bechmann, Kauf II pag. 221 Anm. 2.

annimmt, sondern es liegt dies in der Natur der Obligationen beim synallagmatischen Vertrage.[1])

Betrachten wir nun noch J. 3, 25 § 4: Emtio tam sub condicione, quam pure contrahi potest: sub condicione veluti: Si Stichus intra diem certum tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot.

In diesem Falle ist alles, was ein Vertrag fordert, erfüllt, so dass dieser gültig sein muss; denn Preis und Objekt sind genau bestimmt und da der Fall als einziges Beispiel aufgestellt ist, können wir auch diese Suspensivbedingung für nichts irreguläres halten. Es geht aus dieser Stelle hervor, dass die Parteien einig waren, dass sofort nur die Verpflichtung des Verkäufers entstehen sollte, während die Entstehung der anderen Obligation erst vom placere des Käufers abhängen soll. Auch müssen wir der Auffassung Windscheids von der Stelle C. 4, 38 l. 13 beipflichten, dass hier nicht gesagt ist, dass beide Kontrahenten ungebunden sein sollten, sondern nur der eine von ihnen, entweder der Verkäufer oder der Käufer. Der Singularis „obligatio" weist ferner darauf hin, dass bei derartigen Bedingungen beim Kaufvertrage nur ein Rechtsverhältnis entsteht, da eine solche Bedingung keine Bindung für den einen Kontrahenten erzeugt. Durch die Erklärung des Missfallens wird nun, wie oben angedeutet, die Verpflichtung des Verkäufers hinfällig, während durch die Erklärung des Gefallens das zweite Rechtsverhältnis entsteht und beide dann wirksam werden. Wir glauben also, dass die Gültigkeit des Kaufes auf Probe vollauf begründet ist in dem synallagmatischen Verhältnis der beiden sich durchdringenden Obligationen des Käufers und Verkäufers.

Wir haben bisher zu zeigen versucht, dass es nicht richtig ist, den Kauf auf Probe als Offerte oder als pactum de vendendo zu bezeichnen und somit den negativen Beweis erbracht, dass die dritte übrig bleibende Möglichkeit, einen Kaufvertrag anzunehmen, begründet ist. Ueber die theoretische Form dieses Kaufvertrages sprechen sich die Quellen nicht aus, da sie, wie bei den meisten andern Fällen, nur das Resultat angeben. Dass

1) Für die Erklärung aus dem Synallagma auch Seuffert, Archiv XXIX 216.

aber die Quellen den Kauf auf Probe als Kauf angesehen haben, ergiebt sich, wie wir weiter gezeigt haben, daraus, dass sie in einem solchen Falle immer die Worte emtio oder emere anwenden.

Dieses Ergebnis hat auch den weiteren bedeutenden Vorzug, dass es uns nicht nötigt, die suspensive Form unseres Rechtsgeschäftes als von der resolutiven wesensverschieden hinzustellen. Dass bei letzterer ein Kaufgeschäft vorliegt, und zwar ein perfektes, wird von niemandem bezweifelt. Die Verwandtschaft der suspensiven Form des Kaufes auf Probe mit der resolutiven hebt meines Erachtens Wendt treffend hervor. Dieser stellt gegenüber den Fall, dass durch die Klausel „si placuerit" der Vertragsschluss suspensiert sei oder die Vertragsausführung. Ist ersteres gemeint, so hat die Klausel nicht denjenigen Sinn, den wir ihr in der Abhandlung stets beigelegt haben; sie enthält dann lediglich die Aeusserung einer Geneigtheit, jedoch ohne verbindliche Kraft, wie dies in der schon angeführten Stelle C. 4, 38 l. 13 behandelt wird. Es ist dann kein Vertragsschluss vorhanden. — Ist jedoch die Klausel in anderem Sinne gemeint, nämlich dass jetzt schon eine Verpflichtung des Verkäufers entstanden ist, während die Verpflichtung des Käufers noch durch sein placere suspensiv oder resolutiv bedingt ist, so liegt ein Vertragsschluss vor mit Vorbehalt des Widerrufs. Der Unterschied, ob suspensiv oder resolutiv ist der, ob in der Zwischenzeit die Vollziehung in der Schwebe sein soll oder nicht. Es handelt sich also, wie wir dies auch schon betont haben, bei der suspensiven Form sowohl um die Frage, ob der Käufer definitiv gebunden werden soll, als auch um die Frage, ob der Verkäufer definitiv gebunden bleiben soll. Die gegenseitige Abhängigkeit der beiden Obligationen lässt, wie gesagt, die Gültigkeit des Vertrages entstehen.

Bei der resolutiv bedingten Form ist naturgemäss auch der Abschluss vorhanden; es ist sowohl die Verpflichtung des Käufers wie die des Verkäufers entstanden. In Frage steht noch, ob die beiden Verpflichtungen aufrecht erhalten bleiben sollen. Wir haben mit diesen Betrachtungen schon auf die

zu behandelnde resolutiv bedingte Form des Kaufes auf Probe übergegriffen.

§ 8.

2. Die resolutiv bedingte Form (einschliesslich des Kaufes mit pactum displicentiae).

Hier herrscht, wie wir bei der Darstellung der Litteratur gesehen haben, Streit über das Verhältnis der beiden Formen si displicuisset — inemta sit oder si displicuisset — redhibeatur. Dies Verhältnis haben wir nun festzustellen.

Nach meiner Auffassung kann es nicht bezweifelt werden, dass die verschiedenen angeführten Formeln nicht bloss eine äussere, sondern auch eine innere Verschiedenheit begründen. Die Wirkung der Resolutivbedingung deckt sich nicht mit der des pactum displicentiae. Namentlich ist ein Unterschied in der Richtung hin begründet, dass beim pactum displicentiae auch nach Untergang des Kaufgegenstandes die Redhibition des Rechtsgeschäftes vom Käufer verlangt werden kann, während dies bei der gewöhnlichen Resolutivbedingung nach allgemeinen Grundsätzen nicht mehr möglich ist. Dass andererseits bei der resolutiv bedingten Form des Kaufes auf Probe die in der Zwischenzeit an der Sache bestellten dinglichen Rechte nicht untergehen [1]), spricht nicht gegen die dingliche Wirkung der Resolutivbedingung, sondern hat seinen Grund in der nichtrückwirkenden Kraft der Potestativbedingung.

Ob man den Kauf mit Reuvertrag nicht mehr als Kauf auf Probe ansehen darf, mag zweifelhaft sein. Die Quellen geben keine Begriffsbestimmung des Kaufes auf Probe, wie überhaupt der Ausdruck emtio ad gustum in dieser Form nicht in den Quellen vorkommt, vielmehr neueren Datums ist. [2]) Jedenfalls erachten wir es für angebracht, den Kauf mit pactum displicentiae in den Rahmen unserer Betrachtungen hineinzuziehen.

---

1) D. 20, 6 l. 3.

2) Nach Artikel 339 des Handelsgesetzbuches müsste allerdings der Kauf mit pactum displicentiae aus dem hier vorgesehenen Gebiete ausgeschieden werden.

II. Teil.

Die praktische Bedeutung der verschiedenen Ansichten.

§ 9.

Vorbemerkung.

Wir haben im ersten Teile unserer Arbeit die Natur des Kaufes auf Probe darzustellen versucht, und treten nunmehr der Frage näher, welche praktische Bedeutung die verschiedenen Ansichten über den Kauf auf Probe haben. Schon im Laufe des ersten Teiles ist gezeigt worden, dass sämtliche Gelehrte heute einig sind, dass der Käufer sich ganz willkürlich über die Sache erklären kann, ohne Rechenschaft ablegen zu müssen.[1]) Ferner ist darauf hingewiesen worden, dass sofort nur eine Verpflichtung des Verkäufers entsteht, während der Käufer bis zu einer Erklärung frei ist. Bei der Behandlung der praktischen Folgen unterscheiden wir jedesmal, ob es sich um die suspensiv bedingte Form oder die resolutiv bedingte handelt.[2])

1) So auch Seuffert, Archiv X, 40.

2) Welche der beiden Formen im praktischen Falle vorliegt, muss zunächst aus der Fassung der Formel geschlossen werden. Ist dies unmöglich, so muss die Absicht der Parteien aus anderen Umständen entnommen werden. Eine Präsumtion für die eine oder andere Art besteht in den Quellen nicht. Völlig unrichtig ist aber die Unterscheidung, die Puchta in seinen Pandekten macht, nämlich in einem suspensiv bedingten Kauf auf Besicht und einen resolutiv bedingten Kauf auf Probe, da dies bei den verschiedenen Kaufgegenständen verschieden ist. Kunstgegenstände werden besichtigt, Pferde oder Instrumente werden geprobt. In beiden Fällen können aber beide Formen vorliegen. Auch ist es irrelevant, ob die Sache dem Käufer übergeben ist. Häufig wird ja hier ein resolutiv bedingtes Geschäft vorliegen, es enthalten aber die Quellen Stellen, wo auch in diesem Falle ohne Zweifel nur an eine suspensive Bedingung zu denken ist, z. B. D. 19, 5 l. 20 § 1. Das Handelsgesetzbuch lässt allerdings eine Präsumtion der Suspensivbedingung eintreten.

Aus praktischen Gründen wird in Verbindung mit letzterer auch die Form des unbedingten Vertrages mit pactum displicentiae behandelt werden. Es sei noch bemerkt, dass wir die praktischen Folgen der verschiedenen Ansichten geben, ohne jedesmal besonders zu betonen, welchen Standpunkt wir gemäss der theoretischen Konstruktion dieses Rechtsgeschäftes einzunehmen haben.

In den meisten Beziehungen begründet die Ansicht über die rechtliche Natur des Kaufes auf Probe für die zu behandelnden Folgen keine Verschiedenheit.

§ 10.

a. Die Bedeutung der Erklärung des Käufers bez. der Unterlassung derselben.

Dies gilt zunächst für die Frage, welche Bedeutung die rechtzeitige Erklärung des Käufers beziehungsweise die Unterlassung derselben hat. Was unter rechtzeitiger Erklärung zu verstehen ist, haben wir hier nicht zu untersuchen; wir heben nur kurz hervor, dass die Frist zur Abgabe der Käufererklärung eine ausdrücklich vereinbarte sein kann, dass sie sich aus den Umständen des Falles als stillschweigend ausgemacht herausstellen kann, dass sie ferner gesetzlich (ortsüblich) bestimmt sein kann. Fehlt es an jeder Begrenzung der Erklärungszeit, so soll nach Ansicht einiger Schriftsteller der gebundene Verkäufer berechtigt sein, dem Käufer eine Frist zu setzen;[1]) andere behaupten, der Käufer müsse sich thunlichst bald erklären;[2]) nach einer dritten Ansicht soll sich der Käufer nach geschehener, sei es privater oder gerichtlicher Aufforderung, sofort erklären müssen.[3]) Wie gesagt, wir haben diese Frage nicht zu untersuchen; es kommt für uns lediglich darauf an, welche Bedeutung hat die rechtzeitige Abgabe der Erklärung und andererseits, welche Folgen hat die Unterlassung der Erklärung. Wir scheiden, wie bemerkt,

1) Vgl. für das Handelsrecht Art. 339 Abs. 2.

2) So Goldschmidt, Vangerow, Fitting, Windscheid, Caro, Bechmann.

3) So Dernburg, Hofmann, Loehr, Cropp, Seuffert, Archiv XI. 196, Wendt; letzterer will überhaupt nur eine gerichtliche Aufforderung gelten lassen.

die suspensive und die resolutive Form. Bei der Offertentheorie bringt die rechtzeitige Erklärung des Käufers die zur Perfektion des Kaufgeschäftes erforderliche Acceptation und damit das Geschäft selbst zuwege. Die Unterlassung der Erklärung, und der steht gleich die nicht rechtzeitige Erklärung, bewirkt, dass der bis dahin gebundene Verkäufer frei wird.[1]) Diejenigen Wirkungen, die sich an die Thatsache der Offerte als solche anknüpfen, bleiben natürlich, wie wir oben pag. 23 hervorgehoben haben, bestehen. — Bei der Theorie des pactum de vendendo hat nach meiner Auffassung die rechtzeitige Erklärung seitens des Käufers die Bedeutung, dass der Käufer von dem ihm zustehenden Rechte zu kaufen Gebrauch macht. Der Verkäufer ist gehalten, seine Verpflichtung durch Abschluss des Kaufvertrages zu erfüllen. Die Vollziehung stellt sich als Abschluss der vereinbarten emtio venditio dar. Die Anhänger dieser Theorie jedoch sprechen der Erklärung des Käufers die Bedeutung zu, dass sie schon für sich allein den Kaufabschluss enthalte; dies ist jedoch eine Inkonsequenz, die, wie wir oben gezeigt haben, die Unmöglichkeit dieser Theorie beweist. Unterlässt der Käufer die Erklärung,[2]) so ist auch hier die Bedingung ausgefallen.[3]) Von dem von uns abgelehnten Standpunkte Goldschmidts und seiner Anhänger besteht also zwischen der Bedeutung der rechtzeitigen Erklärung des Käufers sowie dem Unterlassen dieser Erklärung und der Bedeutung dieser Vorgänge bei der Offertentheorie in ihren praktischen Ergebnissen kein Unterschied. Dasselbe ist zu sagen von der Theorie des suspensiv bedingten Kaufgeschäftes, gleichgültig worin die theoretische Konstruktion bei dieser Theorie besteht. Vom theoretischen Standpunkte aus bedeutet die rechtzeitige Erklärung Eintritt der Suspensivbedingung, das Unterlassen der Erklärung Ausfall der Bedingung.[4])

Wenn die Sache zwecks Besichtigung oder Probe übergeben ist, so ist die Unterlassung der Erklärung verschieden

---

1) Caro pag. 6.

2) Diesem steht wieder gleich die nicht rechtzeitige Erklärung.

3) So Goldschmidt I. pag. 124.

4) Vgl. Fitting, Puntschardt, Windscheid, Hofmann, Vangerow u. a.

beurteilt. Nach einigen soll dieselbe als Billigung im Sinne einer stillschweigenden Willenserklärung aufgefasst werden, [1]) nach anderen ist die Uebergabe für diese Frage irrelevant. [2]) Wir wollen nicht untersuchen, [3]) welche Ansicht den Vorzug verdient und bemerken nur, dass die praktische Folge der Unterlassung der Erklärung in jedem Falle gleich ist: Entweder Perfektion, aber vom Standpunkte aller drei Theorien aus, oder Verschwinden der Gebundenheit des Verkäufers, ebenfalls bei jeder Theorie. Die Klage, die auf Rückgabe der Sache, falls der Kauf nicht zu stande kommt, so wie die Haftung, welcher der Käufer hinsichtlich der übergebenen Sache prästieren muss, werden wir später besonders behandeln.

Gehen wir nunmehr zu der resolutiv bedingten Form über, sowie dem Falle des pactum displicentiae. In den Quellen ist hinsichtlich des letzteren Falles bestimmt, dass, wenn keine besondere Frist gewährt ist, eine solche von 60 dies utiles gegeben ist, um dem anderen Teile die Erklärung des Missfallens auszusprechen und die Sache zu restituieren. Jedoch kann der Richter unter gewissen Umständen auch nach der Frist von 60 Tagen die Klage auf Redhibition gestatten, namentlich bei Verzug oder Unzugänglichkeit des Verkäufers gemäss der Stelle: Item si tempus sexaginta dierum praefinitum redhibitoria praeteriit, causa cognita iudicium dabitur. In causa autem cognitione hoc versabitur, si aut mora fuit per venditorem, aut non fuit praesens cui redderetur, aut aliqua iusta causa intercessit cur intra diem redhibitum mancipium non est. [4])

Wenn man die resolutive Form des Kaufes auf Probe dem Falle mit pactum displicentiae gleichstellt, so gilt natürlich für jene Form die angegebene Frist von 60 Tagen. Teilt man nicht diesen Standpunkt, sondern behandelt die resolutive Form als eine von jener verschiedene Art des Kaufes auf Probe, so ist natürlich nach selbständigen Grundsätzen zu beurteilen, innerhalb welcher Frist der Käufer dem anderen Kontrahenten

---

1) So Vangerow, Löhr, Dernburg, Thoel, Hofmann.

2) So Goldschmidt, Bechmann u. a.

3) Das Handelsgesetzbuch bestimmt: Ist die Ware übergeben, so gilt das Stillschweigen des Käufers bis nach Ablauf der Frist als Genehmigung.

4) D. 21, 1 l. 31 § 23.

sein Missfallen ausdrücken und die Sache zurückgeben muss. Hinsichtlich der Wirkung kommen trotzdem beide Fälle darin überein, dass die rechtzeitige Erklärung des Missfallens ein Aufhören der Verpflichtung des Verkäufers konstituiert, während die Unterlassung dieser Erklärung das Geschäft zu einem unauflöslichen macht. Dieselbe Wirkung hat natürlich die Erklärung des Käufers, dass der Kaufgegenstand ihm gefalle; denn diese Erklärung schliesst aus, dass der Käufer nachträglich erklären kann, die Sache missfalle ihm oder er mache von dem Rechte des pactum displicentiae Gebrauch; da die einmal abgegebene Erklärung mangels jeglichen ius variandi unwiderruflich ist. Die Uebergabe der Sache hat keinen besonderen Einfluss auf die Perfektion beziehungsweise Wiederauflösbarkeit des Geschäftes.

§ 11.

b. periculum und commodum.

Beim Kauf im allgemeinen gilt die Regel: emtoris est periculum. Beim bedingten Kaufe dagegen wird zwischen dem perculum interitus und deteriorationis unterschieden. Ersteres trägt der Verkäufer, letzteres der Käufer.

Es fragt sich nun, wie es mit der Gefahrtragung beim Kauf auf Probe zu halten ist.[1]) Bei der suspensiven Form muss der Verkäufer nach allen Theorien beide Arten des periculum[2]) tragen, da es vom Belieben des Käufers abhängt, ob er billigen will.[3]) Ob er die Billigung versagt, weil diese Sache sich verschlechtert hat oder weil sie ihm nicht mehr gefällt, ist gleichgültig, da er, wie wir schon mehrfach ausgeführt haben, keine Rechenschaft über den Grund seines Missfallens zu geben braucht. Baron will anscheinend das

1) Da der Kauf auf Probe nur als Spezieskauf vorkommen kann, so kann von einem periculum generis nicht die Rede sein.

2) Es handelt sich bei jeder Art des periculum nur um casus; denn falls der Schuldner an dem Untergange oder der Verschlechterung Schuld hat, hat der Verkäufer einen Ersatzanspruch, den er mit der actio praescriptis verbis durchführen kann.

3) Für die Offertentheorie: Caro; Vorvertragstheorie: Goldschmidt, Thoel; Kaufvertragstheorie: Vangerow, Dernburg, Windscheid, Cropp, Voigtel, Fitting, Hofmann, Puntschart, Seuffert, Archiv III. 46.

periculum deteriorationis gemäss den Quellen dem Käufer aufbürden; dies ist jedoch nur in einem gewissen Sinne richtig. Wenn der Käufer billigt, so billigt er selbstverständlich die Sache in dem Zustande, in dem sie sich gerade befindet, also eventuell in dem verschlechterten Zustande. Er kann jedoch die drohende Gefahr durch Missbilligen abwenden. Man wird ihn allerdings nicht für befugt erachten können, die Sache zu behalten und wegen der Verschlechterung eine Preisminderung zu beanspruchen. Erklärt der Käufer die Sache behalten zu wollen zu einer Zeit, wo die Sache bereits untergegangen ist, so kommt trotzdem der Kauf nicht zu stande, weil es an dem Gegenstande des Kaufes fehlt. Dies kann von dem Standpunkte der Offertentheorie und der des pactum de vendendo nicht zweifelhaft sein [1]; vom Standpunkte des suspensiv bedingten Kaufvertrages erklärt sich dies aus der Bestimmung und deren Begründung, dass der Verkäufer das periculum interitus zu tragen habe. Wir sehen also, dass die Verschiedenheit der Ansichten hinsichtlich des periculum bei der suspensiv bedingten Form eine Verschiedenheit der Folgen nicht begründet.

Dagegen ist eine solche Verschiedenheit vorhanden bei der resolutiv bedingten Form, je nachdem man diese als gleich oder als verschieden vom Kaufe mit pactum displicentiae ansieht. Beim pactum displicentiae ist unstreitig der Käufer berechtigt, nach Untergang der Sache den Verkäufer zur Redhibition zu zwingen. Wendt, Bechmann [2] und die übrigen, welche die resolutiv bedingte Form als Kauf mit pactum displicentiae ansehen, müssen natürlich für alle Fälle der resolutiv bedingten Form des Kaufes auf Probe den Verkäufer die Gefahr des Unterganges tragen lassen. Diejenigen dagegen, welche diese Identität leugnen, müssen auch hinsichtlich des periculum unterscheiden und dasselbe bei der resolutiv bedingten Form nach allgemeinen Grundsätzen dem Käufer auf-

1) Es ist gerade so, als wenn jetzt ein Kaufgeschäft abgeschlossen wird, die Sache aber ohne Vorwissen der Parteien bereits untergegangen ist. Vgl. D. 18, 1. 1. 15 pr.; 1. 57; 1. 58.

2) Einen anderen Fall, der mit unserem Kauf auf Probe nicht zu verwechseln ist, behandelt Bechmann, Kauf II. pag. 549.

bürden.[1]) Dadurch, dass der Käufer nicht in der Lage ist, zu redhibieren, wird ihm notwendig auch diese Last auferlegt. Das periculum deteriorationis wird nach allgemeinster Ansicht in derselben Weise wie bei der suspensiv bedingten Form getragen. Für diese Lehre des periculum ist es irrelevant, ob der Käufer die Ware zur Probe erhalten hat oder nicht.[2]) Hat der Käufer aber einmal seine Billigung erklärt, so geht natürlich das ganze periculum auf ihn über. Aber, wie von allen anerkannt ist, begiebt er sich durch seine Billigung keineswegs des Rechtes, den Verkäufer wegen verborgener Mängel der Sache, die er beim Proben nicht bemerken konnte, zur Redhibition zu zwingen.[3])

Nach den Grundsätzen des periculum sind auch die des commodum zu bestimmen, entsprechend der allgemeinen Regel: cuius est periculum, eius esse debet commodum. Also muss der Käufer, dem die Sache missfällt, allen gezogenen Gewinn sowie alle Accessionen mit der Sache herausgeben. Etwaige Unkosten kann der Käufer mit dem Gewinn kompensieren.[4]) Auch dies vom Standpunkte jeder Theorie aus.

§ 12.

c. Haftung für culpa.

Ferner ist die Gewahrsamsfrage von Bedeutung für die Lehre der vom Käufer beziehungsweise dem Verkäufer zu prästierenden culpa. Behält der Verkäufer den Besitz der Sache, so muss er für omnis culpa einstehen; nach dieser

1) So Caro, Goldschmidt, Thoel, Vangerow, Unger, Fitting, Hofmann, Puntschart, Dernburg; anderer Ansicht Windscheid, Wendt.

2) Cropp hat die Behauptung aufgestellt, dass, wenn der Käufer sich nicht rechtzeitig oder auf Aufforderung erkläre, er in mora geriete und deshalb auch das periculum zu tragen habe. Allein wie die Vertreter sämtlicher Anschauungen ausführen, kann man von einer mora der Erklärung seitens des Käufers nicht reden, da er gar nicht verpflichtet ist sich zu erklären und falls er sich nicht rechtzeitig erklärt, einfach die Folgen der Unterlassung der Erklärung eintreten. Anders ist es mit einer mora der Rückgabe der Sache. Hat nämlich der Käufer einmal sein Missfallen erklärt, so muss er auch die Sache sofort zurückgeben und der Verkäufer kann ihn zur Rückgabe auffordern und verklagen. Liefert nun der Käufer durch seine eigene Schuld oder die eines dritten, die er vertreten muss, die Sache nicht sofort ab, so geht natürlich das gesamte periculum auf ihn über. Auch dies gilt vom Standpunkte jeder Theorie aus.

3) Vgl. Cropp, Goldschmidt, Hofmann u. a.

4) Seuffert, Archiv II, 121.

Richtung hin ergeben die verschiedenen Theorien keinen praktischen Unterschied. Wird die Sache dem Käufer zur Besichtigung oder Probe übergeben, so ist er zunächst befugt, die Besichtigung oder Probe vorzunehmen. Der Schaden, der aus rationellem Proben entspringt, ist zu Lasten des Verkäufers, wenn Käufer die Sache hernach missbilligt. Für die durch das Proben eventuell erfolgte teilweise Konsumtion der Sache hat der Verkäufer keinen Ersatzanspruch. Was die Aufbewahrung der Sache angeht, so ist das Rechtsverhältnis dasselbe, ob man auf dem Boden der Offerten-, Vorvertrags- oder Kaufvertragstheorie steht. Die Mitgabe der Sache stellt sich vom Standpunkte der beiden ersten Theorien aus als ein neben der Offerte beziehungsweise dem Vorvertrage herlaufender Realkontrakt ad inspiciendum et reddentum dar.[1]) Da die Hingabe nicht im einseitigen Interesse des Verkäufers geschehen ist, wie zum Beispiel beim Commodatum im Interesse des Kommodatars, so hat der Käufer omnis culpa zu prästieren.[2]) Zum gleichen praktischen Ergebnis kommen wir auch bei der Kaufvertragstheorie, nur dass dieses Rechtsverhältnis nach den Regeln des Kaufes zu beurteilen ist.[3])

§ 13.

d. Welchen Einfluss hat die Erklärung des Käufers bezw. ihre Unterlassung auf den Bestand der in der Zwischenzeit auf die Sache gelegten Rechte?

Schwierigkeiten macht die Frage, wie es mit den dinglichen Rechten zu halten ist, die bei Vorliegen der suspensiv bedingten Form der Verkäufer, bei Vorliegen der resolutiv bedingten Form der Käufer auf die Sache gelegt hat, wenn später durch Billigung des Käufers die Sache gekauft oder durch Missbilligung der Kauf gelöst wird. Vom Standpunkte der Offertentheorie bleiben die vom Verkäufer auf die Sache gelegten dinglichen Rechte nach eingetretener Billigung bestehen, weil der Käufer inzwischen noch keinerlei Rechte an

1) Vgl. Baron § 210 B. I. a.

2) Anderer Ansicht vereinzelt Wendt; die von ihm angezogenen Quellenstellen beweisen seine Behauptung nicht. Unserer Ansicht für die Offerte: Caro; für Vorvertrag: Goldschmidt, Thoel.

3) So Voigtel, Hofmann, Bechmann, Fitting u. a.

der Sache erworben hat. Natürlich muss der Verkäufer den Käufer für die Wertminderung, die die Sache durch die aufgelegten dinglichen Rechte erlitten hat, schadlos halten. Gleiches gilt vom Standpunkte der Vorvertragstheorie aus. Vom Standpunkte der Kauftheorie müsste man an sich behaupten, dass die dinglichen Rechte untergehen. Indessen wird schon die allgemeine Regel, dass die vom suspensiv Verpflichteten auf die Sache gelegten dinglichen Rechte untergehen, bei der Potestativbedingung durchbrochen. Dies gilt um so mehr in unserem Falle, wo die Bedingung auf das nackte velle gestellt ist. Es bleiben demnach bei allen Theorien die dinglichen Rechte bestehen, unbeschadet der Ersatzpflicht des Verkäufers dem Käufer gegenüber.

Die vom Käufer in der Zwischenzeit bestellten dinglichen Rechte erlangen im Augenblicke der Billigung Wirksamkeit, jedoch alle von demselben Augenblicke an. Die Rangordnung der Rechte unter einander bestimmt sich nach den allgemeinen Regeln der Bestellung. [1])

Beim Kauf mit pactum displicentiae tritt unstreitig der Untergang der vom Käufer auf die Sache gelegten dinglichen Rechte nicht ein, da die Ausübung des pactum displicentiae nur obligatorisch wirkt. Zu diesem Ergebnis müssen in allen Fällen diejenigen kommen, welche jede Form des resolutiv bedingten Kaufes auf Probe für einen Kauf mit pactum displicentiae halten. Diejenigen aber, welche unterscheiden, und zwar entweder einen resolutiv bedingten Kauf auf Probe und einen Kauf mit pactum displicentiae kennen, oder nur eine resolutiv bedingte Form des Kaufes auf Probe mit zwei Unterarten wie Fitting annehmen, kommen ebenfalls praktisch zu demselben Ergebnis, dass die dinglichen Rechte nicht untergehen. Jene, die eine ipso iure wirkende Resolutivbedingung annehmen und das Eigentum des Käufers ohne weiteres erlöschen lassen, erklären diesen Fall mit der nicht rückwirkenden Kraft der Potestativbedingung. Diese leugnen die dingliche Wirkung der Resolutivbedingung überhaupt und erkennen nur eine obligatorische beim Kauf auf Probe an. Sämtliche Theorien kommen ferner darin überein, dass der Verkäufer

1) Vgl. Baron § 204; Dernburg § 82; Windscheid § 242 fg.

die Sache nur zurückzunehmen braucht, wenn sie frei von allen Lasten ist oder der Käufer ihm für die Befreiung Kaution geleistet hat.

§ 14.

e. Die Klagen.

Erklärt der Käufer bei der suspensiv bedingten Form sein Gefallen, so hat er gegen den Verkäufer sowohl nach der Offertentheorie als auch nach der Kaufvertragstheorie die actio emti sowohl auf Auslieferung der Sache mit ihren Accessionen als auch auf Schadenersatz, wenn der Verkäufer nach allgemeinen Regeln ersatzpflichtig geworden ist. Dem entsprechend hat der Verkäufer die actio venditi mit dem regelmässigen Inhalte. Nach der Vorvertragstheorie müsste der Käufer die actio pacti (in factum) auf Abschluss des Kaufvertrages anstellen; Goldschmidt und seine Anhänger gewähren ihm jedoch von dem Standpunkte aus, dass mit der Erklärung des Käufers der Kauf perfekt sei, das Recht, die actio emti anzustellen. Erklärt der Käufer sein Missfallen, so hat der Feilbieter bei allen Theorien die actio praescriptis verbis auf Rückgabe der Sache, eventuell Schadenersatz. Hatte der Käufer den Kaufpreis bereits vorgeschossen, [1]) so verlangt er diesen bei der Offertentheorie und Vorvertragstheorie mit der condictio causa data causa non secuta zurück. Die Quellen gewähren dem Käufer eine actio emti, eine actio in factum proxima emti und eine actio in factum de reciperando pretio. Diese Klagen rechtfertigen sich meines Erachtens nur von dem Standpunkte aus, dass vorher bereits eine emtio vorgelegen hat.

Erklärt der Käufer bei der resolutiv bedingten Form sein Gefallen beziehentlich nicht sein Missfallen, so sind in derselben Weise wie bei der suspensiv bedingten Form für die Parteien die actiones emti beziehungsweise venditi definitiv geworden. Dies gilt auch für den Kauf auf Probe mit pactum displicentiae. Erklärt der Käufer aber sein Missfallen, so verlangt er in derselben Weise wie vorbehandelt den Kaufpreis zurück; beim Falle des pactum displicentiae hat er die actio redhibitoria. Diese hat er natürlich stets in dem Falle, dass

1) Es wird dies allerdings bei der suspensiv bedingten Form selten vorkommen.

man die einfach resolutiv bedingte Form nicht anerkennt, sondern nur den Kauf mit pactum displicentiae gelten lässt; ausserdem gewähren ihm die Anhänger dieser Anschauung auch die Kontraktsklage. Der Verkäufer hat stets die actio praescriptis verbis auf Rückgabe der Sache.

§ 15.

Schluss.

Somit glauben wir die gestellte Aufgabe gelöst zu haben und müssen die immerhin überraschende Thatsache feststellen, dass, obschon bei der theoretischen Konstruktion des Kaufes auf Probe eine Fülle der verschiedensten Ansichten vorhanden ist, doch bei den praktischen Folgen die Vertreter sämtlicher Ansichten in den meisten Punkten zu denselben Ergebnissen gelangen. Es ist dies auch nur auf den ersten Blick auffallend; denn wenn man bedenkt, dass der Kauf auf Probe ein Geschäft des täglichen Lebens ist, bei dem es sich nicht darum handelt, ihm erst seinen Wirkungskreis zu begrenzen, sondern dessen Geltung und Wirkungen fest bestehen, so muss man zugeben, dass es kaum möglich wäre, eine Theorie zu vertreten, die nicht im wesentlichen zu demselben praktischen Ergebnis führen würde, oder die man nicht durch konstruktive Mittel dahin führte.